

【論 説】

現代社会における刑罰の限界

——財産犯の成否をめぐつて——

内 田 幸 隆

目 次

- 一 はじめに
- 二 刑罰の意義
- 三 自己の財物の取戻し
- 四 親族相盗例をめぐる問題
- 五 結 び

一 はじめに

刑法とは、「犯罪」と「刑罰」を定めた法規をいい、刑法学は、これに応じて「犯罪」の意義を考察する犯罪論と「刑罰」の意義を考察する刑罰論に分けられる。もちろん犯罪と刑罰はそれぞれ独立して論じられ得るものであるが、犯

罪の成否と刑罰権の行使はそもそも有機的に結合した問題となるはずである。というのも、刑罰という効果を生じさせるに相応しい事態を抽出することが犯罪論において求められているからである。そこでは、犯罪の成否を単に検討するのではなく、なぜ犯罪に対して刑罰をもって対処しなければならないのかという、この自明にみえるけれども、根源的な問題をまず検討しなければならぬと思われる。また、現代社会においては処罰の早期化と重罰化という傾向があると指摘されているが、刑罰の意義を問い直すことで改めて刑法による介入の限界をさぐる必要がある。そこで本稿では具体例として「自己の財物に対する取戻し」と「親族相盗例をめぐる問題」をとり上げることにした。これらについては、現代的な課題も意識されており、刑罰の意義を踏まえた上で再検討されるべきと思われる。

二 刑罰の意義

1 刑法の目的・機能

行為者に対して刑事責任を追及し、刑罰を科すという場合、そこでは多大な労力・費用・期間がかかり、また、行為者の自由・財産を剥奪する結果になるのであるから、このような刑事司法の営み自体が正当なものであると根拠付けられなければならない。そのためには、刑法の目的・機能が少なくとも合理的なものであると評価される必要がある。一般的に刑法の目的は、「社会秩序の維持」にあつて、この目的を達成するために「社会統制機能」を持つと解されている。さらに、当該機能は、第一次的なものとしての「法益保護機能」と、第二次的なものとしての「人権保障機能」に分けて理解されている。すなわち、前者は、国家の任務として、個人の生活利益（個人法益）とその集合体と

しての社会的利益（社会法益）の保護、およびこれらの利益を維持・促進するための諸機構、装置、制度（国家法益）の保護を挙げる。これに對して、後者は、逆に国家の任務を制限し、ある行為を罰する規定がない限りはその行為を罰することはできないという意味において、国民一般の權利・自由を保障しようとするものである。⁽²⁾

さて、刑法の「法益保護機能」という観点からすると、国家の刑罰權の行使においては、行為者を処罰することによつて犯罪を予防・阻止し、もつて法益の保護を図ることが目的とされることになる。しかし、ここで考慮されるべきなのは、犯罪行為が、法益侵害・危殆化の惹起と解されることである。つまり、ひとたび犯罪が起きてしまうと、それは常に刑法における「法益保護機能」の失敗・不全性を意味することになる。もし法益保護という目的を徹底させるのであれば、刑法の介入は犯罪発生それ自体ではなく、犯罪発生の蓋然性に基礎を置かなければならず、これは少なくとも現行刑法のあり方に反する。さらに、法益保護だけでなく、例えば、「人を殺してはならない」という行為規範を問題としても、殺害行為がなされれば、やはり行為規範が有効に作用しなかつたという結果になる。⁽⁴⁾ たしかに法益保護それ自体の意義は、立法の局面においては、法益侵害・危殆化事態を犯罪として規定すべきであるという基準を示し、実際に犯罪が生じている局面においては、国家が当該事態に介入し得る根拠を与える点にあると思われる。⁽⁵⁾ しかし、犯罪が発生してはじめて刑罰權の発動が認められるという犯罪と刑罰の關係を堅持するならば、刑法の果たすべき第一次的機能は、犯罪に対する「事前的対処」ではなく、むしろその「事後的対処」に求められなければならない。他方で、刑法の「法益保護機能」は、法益侵害性が、国家に対して犯罪に介入し得る根拠とその限界を示すという意味において、「人權保障機能」と裏腹の關係にあるといえる。それゆえ、この二つの機能は、刑法が果たすべき二次的な「事前的対処」機能として整理される必要があろう。

2 刑罰の正当化根拠

以上のように考えた場合、なぜ犯罪に対して刑罰をもって対処すべきかが問題となる。合理的な根拠なしに行為者の権利・自由を奪うことは許されないのであって、刑罰を正当化する根拠が必要なのである。

(1) 予防論

刑罰を科すことによって犯罪の発生を抑止・予防するという考え方を「予防論」という。さらに、「予防論」は、刑罰による威嚇を通じて国民一般が犯罪行為に出ないことを求める「消極的一般予防論」と、処罰される行為者自身が犯罪行為を繰り返さないことを求める「特別予防論」に分けて理解されている。このように予防論は、刑法の「法益保護機能」と結びつき、犯罪の発生を防ぐという点において刑罰の正当化を試みるものである。

しかし、まず、消極的一般予防論についてみると、刑罰が、犯罪に対する「予防効果」を実際に有しているのが問題になる。刑罰が本来的に「予防効果」を持つとすれば、他の社会的・個人的要因にかかわらず、犯罪発生率は一定となるか、漸次減少する傾向を示すはずであるが、実際はそうでない。むしろ、例えば、完全失業率の上昇・低下と一般刑法犯の認知件数の推移が相関関係にあると推測されるように、犯罪の発生・抑止は様々な社会的・個人的要因に左右されるとみるべきであろう。すると、刑罰の「予防効果」が仮に実証されたとしても、それは他の要因との関係において相対的なものとどまることになり、立法における法定刑の決定に際しても、実際の裁判における量刑に際しても、刑罰の「予防効果」を第一次的基準として採用することはできないはずである。⁽⁷⁾これに対して、あくまで刑罰の「予防効果」を追求するのであれば、際限のない厳罰化を生み出すことになって、かえって個人の自由や

社会の安定を害することになる⁽⁸⁾。予防論それ自体に嚴罰化の歯止めをかける内在的論理は存在しないからである。

また、近時は、国民の法秩序に対する信頼や、その規範意識を維持・強化することによって、犯罪抑止を図ることを刑罰の意義と認める「積極的一般予防論」が有力に主張されている⁽⁹⁾。この考え方においては、実際に犯罪の抑止を図ることが目的というよりも、刑罰によって「法秩序に対する信頼の回復」ないしは「規範の安定・確証」を図るといふ象徴的な意義が前面に出てくることになる⁽¹⁰⁾。しかし、そのような象徴的・観念的な意義しか刑罰に認めることができないのであれば、行為者個人の刑事責任に見合った刑罰の「重さ」を具体的に量ることが不可能となり、刑事責任と刑罰との質的・量的関係性が失われることになる⁽¹¹⁾。例えば、殺人行為と窃盗行為を比較する場合、規範という観点からは、どちらも禁止に違反したという点で等価的である。したがって、観念的に「法の回復」を図るのであれば、両者における罪の重さは同一としてもよいはずである。また、殺人罪の年間認知件数が窃盗罪のそれよりはるかに少ないのであれば、窃盗禁止規範の効力が殺人禁止規範のそれに比べてはるかに不安定な状態にあると解することもできる。こうした実情を踏まえて「法の回復」を図るのであれば、殺人罪よりも窃盗罪を厳しく処罰することも許されるのではないだろうか⁽¹²⁾。このように、ある個人の行為責任と切り離された自己完結型の刑罰制度においては、その妥当性を具体的に検証することができず⁽¹³⁾、かえって刑事司法に対する国民の信頼を失うであろう。これに対して、窃盗罪よりも殺人罪が重いとされるのは、具体的な法益侵害・危殆化の質的・量的差異に基づくと解するべきである。

他方で、「特別予防論」は、犯罪者自身を対象とし、刑罰によって犯罪者を教育・改善し、再び社会復帰させることを目標とする。しかし、刑罰にいくら教育・改善プログラムを取り入れたとしても、その効果はいまだに未知数である。また、仮に刑罰における教育・改善効果を認めたとしても、特別予防論を徹底するならば、再犯の危険性のない犯罪者には刑罰を科す意味がなく、逆に再犯の危険性が認められるのであれば、その危険性を除去するまで刑を執行

しなければならないはずである。しかし、これは受刑者の地位を著しく不安定なものにするのであって、不当である⁽¹⁴⁾。具体的に考えても、犯罪者における再犯の危険性には様々な要因があると推測されるのであり、その様々な要因を取り除くよう、刑の執行過程においてすべて対応することは不可能に近い。たしかに刑の執行過程において教育・改善プログラムを取り入れることは許されるであろうが、それを刑罰の本来的要素とするのではなく、せいぜい両者は並行的な関係にあるか、場合によっては教育・改善プログラムのみを義務付けることも認めるべきであろう。例えば、アルコール依存症患者による飲酒運転の事例においては、特別予防の観点だけからすると、刑罰に比べてより制限的でない治療措置を講じる方が再犯の防止に効果的であるように思われる。

(2) 応報刑論

刑罰は、過去の悪行に対する当然の報いであるとする考え方を「**応報刑論**」という。⁽¹⁵⁾「**予防論**」が将来における犯罪の抑止という意味で「**展望**」的な刑罰論であるのに対して、「**応報刑論**」は「**回顧**」的な刑罰論と把握することができ、刑法の機能が犯罪に対する「**事後的対処**」にあるとする見地に親和的であると認められる。そこでは犯罪者を倫理的に非難することによって正義の実現を図ることが求められているのだが、ここでの「**正義**」が抽象的・観念的なものに過ぎないのであれば、悪を自動的に罰するという意味において自己完結型の刑罰制度を構築することになり、なぜ犯罪者を処罰しなければならないのかという視点が抜け落ちてしまう。それゆえ、**応報刑論**においても、刑罰は悪行への単なる反作用ではなく、具体的な「**正義**」の実現を目的とするものでなければならぬ。この意味で、**刑罰**においては回顧的な視点と展望的な視点を合わせ持つ必要があるだろう。

さて、こうしてみると、「**正義**」の具体化が問題とされなければならない。たしかに価値観の多様な現代社会においてそれは困難であるが、「他者を理由なく害してはならない」という侵害原理については、社会における共通の理解が

あるとみることができる。しかし、他者危害（法益侵害）の禁止が正当であるとい得ても、直ちにそこから、他者に害悪を加えた者に対して同じく害悪（刑罰）を加えることが正義に適う、とはいいい得ない。⁽¹⁶⁾過去の悪行、つまり法益侵害行為に対して責任を追及し、行為者に対して刑罰を科すためには、そこに抽象的・観念的な意義ではなく、社会におけるすぐれて実践的な意義を見出す必要があると思われる。

(3) 事後処理的な観点の必要性

民事司法において、犯罪による財産的損害の回復が目指されるのであれば、刑事司法においては、それと異なる役割が与えられる必要がある。そして、その第一次的な役割は予防論的な見地、ないしは応報刑論的な見地とは異なる点に求めなければならない。犯罪が起きてはじめて刑法による介入の必要性が生まれることを基本線にするならば、刑事司法の第一次的な役割は、起きてしまった犯罪という紛争を解決する「事後処理」的な観点に基づくこととなる。⁽¹⁷⁾犯罪が発生すると、一般的には、被害者や社会の人々において行為者に対する憤激が生じ、また、なぜ犯罪が起きてしまったのか、その「理由」を知りたいという欲求が生じる。仮にこれらの反応を放置すれば、被害者や社会の人々によって行為者に対する「報復」がなされ、また、その「理由」が分からないことによる「不安」から人々の関係性が失われることになる。⁽¹⁸⁾そこでは社会が分断され、紛争を予防・解決するための過剰な自警活動や自力救済が横行する世界が広がるのみである。むしろ、このような世界から脱し、あるいはその出現を阻止し、人々が共生できる社会を築くために法が存在すると思われる。⁽¹⁹⁾そこで、刑法においては、法益侵害状態が起きた「理由」の問いかけという実践的な意義から行為者の刑事責任が追及される。⁽²⁰⁾その上で、行為者が罰せられることにより被害者や社会の人々の憤激が鎮められ、「報復」が阻止されることになる。⁽¹⁹⁾こうした刑法における事件終結機能が果たされる過程において、行為者は、「理由」の問いかけに「応答」する責任が生じ、⁽²⁰⁾刑罰によって反省を促され、刑罰を甘受することで自らの

反省を象徴させる。⁽²¹⁾これに应じて、被害者や社会の人々は、行為者による「理由」の疎明と刑罰の甘受によって紛争解決の「納得」を得ることになる。

ただ、行為者が示す反省は純粹な倫理的・宗教的基礎を要するとすべきではなく、法的な観点から裏付けられるもので十分である。刑法における責任追及と刑罰の賦課が法益侵害・危殆化に基づくものと解するのであれば、行為者に対して「なぜ法益侵害・危殆化を引き起こしたのか」と問うことになるし、これに应じて行為者は「法益侵害・危殆化の惹起」に関する「理由」の疎明をなすことになる。このような責任の追及・応答過程において行為者は「法益尊重意識」の自覚を促されるのであり、これを受けて行為者が示すべき反省の内容は、「法益尊重意識」の覚醒・回復に基礎づけられることになる。⁽²²⁾それゆえ、刑罰の量は、行為者が実現した法益侵害・危殆化の量を上限とし、これに対する刑事責任の重さに価値的に相応したものでなければならぬ。そして、例えば、「突然襲われてとっさに反撃してしまった」、「そのような重大な結果が生じるとは予想できなかった」など、行為者が示す「理由」が「許容」される内容を持つのであれば、その内容に应じて刑罰の減免が認められ、また犯罪の成立自体が否定されることもあり得よう。⁽²³⁾

このように、責任追及と処罰の過程は、行為者と被害者・社会の人々の間における法的なコミュニケーションの再構築と把握することができ、また、このコミュニケーションの十分な保障が、当事者同士の立場の互換性を裏付けることになる。⁽²⁴⁾当事者がその他方から一方的に排除される関係は、社会の分断を招くことになるのであって不当である。ただし、当事者の生の声を当該過程に直接反映させることには慎重であるべきである。それは、かえって紛争の悪化につながる可能性があり、必ず法的言語・法的手続きによって生の声が「濾過」される必要がある。この意味で、刑事裁判における被害者参加制度については、さらなる理論的な検討と実践面の検証が必要になると思われる。⁽²⁵⁾

さて、以上のように解するにせよ、現代社会において「厳罰化」が主張される点は看過できない。「厳罰化」の主張

は、被害者や社会の人々において、現在の刑事司法では事件終結のための十分な「納得」が得られていないことを示唆しているからである。しかし、過度の「厳罰化」は行為者の「反発」を招くことになり、たとえこの者が社会に復帰したとしても社会の不安定要因を作り出すことになりかねない。他方で、過度の「緩刑化」は被害者や社会の人々の「反発」を招き、刑事司法の信頼性を失わせることになる。結局、当事者全員の納得が得られる刑罰量の均衡点を常に探ることが求められているのである。また、現代社会において処罰の早期化が求められている点について検討するに際しても、そこに刑罰を投入しなければ解決できないほどの紛争、すなわち法益侵害・危殆化の事態が起きているのかを精査していく必要がある。一度大規模な被害が発生してからでは遅く、それより前の段階で刑法が介入すべきであるという主張には肯ける点もあるが、既存の犯罪類型を前倒しで適用することや、早期の介入を可能にする新たな犯罪類型を設けて本来抑止されるべき犯罪類型よりも重く処罰することには慎重であるべきである。

3 小括

刑罰制度を構築するにあたって、犯罪の発生に基づき刑罰権を行使するという関係を維持する限り、刑罰によって法益保護を図るという目的は後退せざるを得ない。むしろ起きてしまった犯罪という紛争を解決するために刑事司法における責任追及と刑罰が必要になる。法益論の意義は、国家による刑罰権行使の正当化と限界付けといった点に求めるべきであり、犯罪抑止のために安易に刑罰を多用するのではなく、様々な社会政策を投入してその抑止を図ることも模索されるべきであろう。

三 自己の財物の取戻し

以上のように、刑法による介入は法益侵害・危殆化という紛争の発生を前提条件とする。そこで具体的に考えてみると、例えば、自己の財物の取戻しの事例において刑法による介入が適当といえるであろうか。もちろん、窃盗犯人に自己の財物を持ち去られたが、その場で気づいた所有者が窃盗犯人を追いかけて捕まえ、自己の財物を取戻したという場合、所有者は侵害された財産の原状回復をなしたに過ぎず、窃盗犯人の「占有」を侵害したからといって窃盗罪で処罰されることはないと考えられる。これに対して、学生Xが大学に通学するために自転車を購入したところ、それがYによって盗まれたとする。ところが、後日になってXは、Yがちょうどコンビニの前に停めていた当該自転車を発見し、これを自己の家に運び去った場合、Xの当該行為は、Yという他人の占有に係る自己の財物を窃取したとみなされ（刑法二四二条）、窃盗罪として評価されるのであろうか。ここでは、Xの引き起こした事態が、刑法によって強制的に解決されるべき「紛争」に当たるといえるかが問題となる。窃盗罪の保護法益を侵害・危殆化したといえなければ「紛争」が生じたと価値的にみなすことはできない以上、まずはその保護法益の内実が問われよう。

1 窃盗罪の保護法益

窃盗罪の保護法益につき、占有を根拠付ける所有権その他の「本権」とする本権説、物に対する「事実上の支配」とする占有説、「平穏な占有」ないしは「合理的理由のある占有」とする中間説といった見解がそれぞれ主張されてい

る。⁽²⁶⁾ここでは、刑法上の罪責につき、民事法上の権利関係に従った上で論じらるべきなのか、それとも権利の有無とは関係なく、物を保持・管理している状態の有無に従って論じらるべきなのかという観点が出てくる。⁽²⁷⁾

この点につき、本権説は、民事法上保護に値する権利・利益のみが刑法においても保護されるとする。この説によれば、前記設例において、YはXに対する関係において民事法上保護に値する権利・利益を有していない以上、Xの当該行為は窃盗罪を構成することはない。⁽²⁸⁾次に、占有説は、所有と占有の分離が進んだ現代社会においては、物に対する占有それ自体も保護に値するのであり、また、法的な手続きを離れて「自力救済」を行うのは原則として禁じらるべきとする。それゆえ、この説によれば、Yが窃盗犯人であつたとしても、その占有は刑法上保護に値するのであり、その占有を侵害したXの当該行為は少なくとも窃盗罪の構成要件に該当することになる。ただし、例外的に「自力救済」が認められる限りにあって当該行為の違法性が阻却される余地は残されている。⁽²⁹⁾これに対して、中間説は、窃盗犯人の占有は「平穩」なものとはいえないとし、⁽³⁰⁾あるいは「合理的な理由」が認められないとして、⁽³¹⁾Yの占有はXに対する関係において刑法上保護に値しないとするとする。それゆえ、これらの説によつても、XがYから奪われた自転車を取り戻すことは許容されることになる。⁽³²⁾

以上からすると、本権説は、Xの当該行為が「紛争」の内実であるべき法益侵害を惹起したとは認めないことになる。これに対して、占有説は、原則的に禁じられている「自力救済」がなされたとして、Xの刑事責任を追及することになる。すなわち、法的な手続きを経ることなく財物の所持・保管状態を変更することが当事者同士の新たな紛争を引き起こし、力による奪取の応酬につながるとみて、これを阻止しようとする。しかし、刑法の機能は、あくまでも既に生じた「紛争」を解決するための手段を提供することにあり、自力救済の禁止それ自体を刑法の第一次的な目的とすべきではない。民事法上の権利関係が明らかとなつていて、「紛争」となり得ない場合に刑法が介入すること

は許されないのである。この場合に原則として「自力救済」を禁ずることは、Xに対して民事訴訟を強制することになり、妥当ではない。自己に民事法上の権利があるからといって、一般的に必ずそれを民事訴訟において実現すべきとはいえないからである。結局、占有説は、具体的な本権の帰属を問わず、一般的な財産法秩序の違反それ自体を窃盗罪の処罰根拠に取り込む点において疑問があると思われる⁽³³⁾。したがって、民事法上保護に値する権利・利益が侵害されてはじめて刑法の介入を認めようとする点において、本権説は基本的に正当なものである。

2 行為時に権利関係が不明な場合の処理

ただ、前記設例においては、XとYにおける民事法上の権利関係は明らかであって、そこに刑法が介入することは控えるべきであるとはいえても、その権利関係が行為時に不明な場合が問題となろう。現代社会において権利関係が複雑化すると当事者相互の主張が錯綜し、民事法上の手続きを経てようやく権利関係の決着がつく場合も想定される。具体的にみると、占有者に所有権や賃借権がなくても、「清算の利益」や「同時履行の抗弁権」などが認められる場合、占有者に民事法上保護に値する利益があると解され、財物を奪取したことによって当該利益を侵害することは窃盗罪の成立を認めるべきである。これに対して、結果的に民事法上保護に値する権利・利益はなかったが、財物奪取時の占有には「権利者らしい外観」があったという場合に窃盗罪の成立を肯定することはできるのであろうか。この場合においても、いわゆる中間説の立場によれば、刑法の介入を認め、窃盗罪を成立させることによって、民事訴訟制度を利用するよう当事者に強制することも考えられる⁽³⁴⁾。しかし、この考え方によると、窃盗罪において、財産的利益の保護ではなく、民事訴訟制度それ自体の維持が目指されているのではないかという疑問が生じる⁽³⁵⁾。刑法の第一次的な機

能が、引き起こされた「紛争」の解決にあることからすると、財物奪取によって民事法上保護に値する権利・利益の侵害・危殆化があつてはじめて刑法の介入が認められ、窃盗罪の成立が肯定されるというべきである。ここでは刑事裁判においていかに民事法上の権利関係を認定すべきかという課題が残るが、行為者に本権の主張を許す限りで刑事裁判においても当該権利関係の問題に踏み込まざるを得ない。結果的に行為者において民事法上の権利・利益が認められなかったという場合は、行為者の罪責につき、錯誤論によつて処理されることにならう。この意味で、占有を侵奪する行為者には財産犯で処罰されるリスクが残る以上、野放図な自力救済行為が頻発するおそれはないと思われる。⁽³⁷⁾

なお、以上のように解する場合、民事法で禁じられた自力救済を刑事法上認めることになって不適當ではないかとの疑問も生じる。ここで、あくまでも私人による実力行使を不当と認める立場に立ち、占有侵奪者が権利者であるか否かを問わず、占有侵奪の現場、あるいは占有侵奪者を追跡している場合においては占有者に財物の取戻しを認め、逆に、奪取された財物に対する支配が占有者の及ばない時点に至ると、占有者による権利実現行為は許されず、単に権利実現のための保全行為のみが許されると指摘する見解がある。⁽³⁸⁾しかし、後者の場合について、保全行為しか許されないと解すると、被侵奪物を発見しても自己の支配下に置くことは許されず、当該物の持ち去りを妨げる措置しかとれない。また、仮に当該物の現状を維持することができたとしても、侵奪者ないしはその時点における占有者が不明であれば民事訴訟による最終的な解決が得られないおそれが生じるであろう。そもそも財産的利益の侵害があつてはじめて自救行為による違法阻却ないしは正当化が問題になるのであり、結果的に財産的利益の侵害がない場合には刑法による介入は許されないと思われる。窃盗罪をはじめとする財産犯は自力救済それ自体を禁じているのではなく、他者の財産的利益の侵害を禁止することを通じて間接的に自力救済の阻止を図っているに過ぎない。この意味で、自力救済禁止の反射的效果として占有自体に保護されるべき利益を認めるのは、その禁止自体を財産犯の処罰根拠とする⁽³⁹⁾

ために不当と思われる。⁽⁴⁰⁾

3 小活

財産犯が問題になる局面においては、自力救済の禁止といった観点や、本権が保護されるべきとする財産法秩序の違反といった観点それ自体を根拠にその成立を認めることはできないと思われる。というのも、刑法は、具体的な法益の保護を通じて一般的な法秩序の維持を図っているに過ぎないからである。一般的な法秩序違反を根拠に具体的な犯罪の成否を考察するのであれば、その適用領域をあらかじめ限界づけることができないであろう。

また、本章において財産犯における保護法益は本権であると解したが、このように理解してはじめて刑法が刑罰をもつて介入すべき具体的な「紛争」の所在が明らかになる。すなわち、本権侵害・危殆化の事態が発生してはじめて刑法は当該事態に介入し、行為者に対して刑罰を科すことができるというべきである。

四 親族相盗例をめぐる問題

前章においては、そもそも刑法が介入すべき「紛争」の有無それ自体を問題にしたが、同じく財産犯が問題になる親族相盗例においては「紛争」が生じたとしても、ある一定の範囲で刑法による介入を控えるべきか否かが争われている。とりわけ近時においては親族関係にある後見人の横領が問題となっており、後見人と被後見人との間に親族関係があることを根拠にそのまま親族相盗例を準用すべきなのか、それとも準用は許されず後見人を処罰すべきなのか

が問題になっている。そこで、まずはこの問題に関する判例を確認してみたい。

1 判例の動向

ここで注目すべき判例は、最決平成二〇年二月一八日（刑集六二巻二号三七頁）である。その事案は次のようなものである。被告人は、未成年者Xの母Yの母であつて、Yの死亡後、福島家庭裁判所家事審判官によりXの後見人に選任され、Xの預貯金の出納、保管等に従事していた。しかし、被告人とその共犯者は、共謀の上、被告人が業務上預かり保管中のX相続に係るY名義定額郵便貯金口座や、X名義普通貯金口座から金員を引き出し横領したというものである。

この事案において被告人は、未成年被後見人Xの祖母であることから、刑法二五五条が準用する同法二四四条一項により刑が免除されるべきかが問題になる。第一審判決（福島地判平成一八年一〇月二五日刑集六二巻二号六三頁参照）、及び控訴審判決（仙台高判平成一九年五月三二日刑集六二巻二号七六頁参照）は、いずれもその準用を認めず、被告人に業務上横領罪の成立を肯定した。これに対して被告人側は上告したが、最高裁は、まず、刑法二五五条が準用する同法二四四条一項につき、「親族間の一定の財産犯罪については、国家が刑罰権の行使を差し控え、親族間の自律にゆだねる方が望ましい」という政策的な考慮に基づき、その犯人の処罰につき特例を設けたにすぎず、その犯罪の成立を否定したものではない」とした。その上で、「家庭裁判所から選任された未成年被後見人は、未成年被後見人の財産を管理し、その財産に関する法律行為について未成年被後見人を代表するが（民法八五九条一項）、その権限の行使に当たっては、未成年被後見人と親族関係にあるか否かを問わず、善良な管理者の注意をもって事務を処理する義務

を負い（同法八六九条、六四四条）、家庭裁判所の監督を受ける（同法八六三条）。また、家庭裁判所は、未成年後見人に不正な行為等後見の任務に適しない事由があるときは、職権でもこれを解任することができる（同法八四六条）。このように、民法上、未成年後見人は、未成年被後見人と親族関係にあるか否かの区別なく、等しく未成年被後見人のためにその財産を誠実に管理すべき法律上の義務を負っていることは明らかである」とした。「そうすると、未成年後見人の後見の事務は公的性格を有するものであつて、家庭裁判所から選任された未成年後見人が、業務上占有する未成年被後見人所有の財物を横領した場合に、上記のような趣旨で定められた刑法二四四条一項を準用して刑法上の処罰を免れるものと解する余地はないといふべきである」と指摘し、原判決の結論を正當なものとして是認した。

さて、最高裁判平成二〇年決定以前の下級審判決も、家庭裁判所によつて選任された「後見人」の横領につき、親族相盜例の準用を一貫して否定してきた⁽⁴¹⁾。その理由を確認すると、いずれの下級審判決も親族相盜例の趣旨が「法は家庭に入らず」という政策的配慮によることを支持している。その上で、前記福島地裁平成一八年判決、秋田地判平成一八年一〇月二五日（判タ一二三六号三四二頁）、その控訴審である仙台高裁秋田支判平成一九年二月八日（判タ一二三六号一〇四頁）は、後見人と家庭裁判所との「（委託）信任関係」を問題にしており、前記福島地裁平成一八年判決では、家庭裁判所と後見人の信任関係が横領罪において保護されることを理由に親族相盜例の準用が否定されたが、前記秋田地裁平成一八年判決、前記仙台高裁秋田支部平成一九年判決では、当該信任関係が横領罪で保護されることにつき明言は避けるものの、当該信任関係があることによつて「親族間の犯罪」ではなくなる点を根拠に親族相盜例の準用が否定された。他方で、前記仙台高裁平成一九年判決では、後見人と被後見人との関係それ自体が問題とされており、たとえ後見人が親族に当たるとしても、「後見人」という地位にあることによつて既に両者の関係が「親族関係の自律外」になる点を根拠に親族相盜例の準用が否定された。前記最高裁判平成二〇年決定は、後見人と家庭裁判所

との「委託 信任関係」については特に言及することなく、未成年後見人の後見事務が「公的性格」を有している点を根拠に親族相盗例の準用を否定していることから、同決定の判断は、基本的に前記仙台高裁平成一九年判決のアップローチに沿ったものと解されよう。

このような判例の動向を踏まえて問題を整理すると、(1) 親族相盗例の意義は何か、(2) 横領罪で親族相盗例の準用が認められるためには、行為者はいかなる者との間で親族関係が認められる必要があるのか、といった観点から検討する必要がある。さらに、(1) の観点については、行為者が「後見人」という地位に選任されていることに着目すべきか、(2) の観点については、家庭裁判所が横領罪で保護されるべき被害者としての地位にあるのがそれぞれ問題となる。そこで、次に、親族相盗例の意義を検討してみたい。

2 親族相盗例の意義

刑法は、二四四条一項において、配偶者、直系血族又は同居の親族との間で窃盗罪等が行われた場合に「刑の免除」を認めることを規定し、同条二項においては、その他の親族との間で窃盗罪等が行われた場合に「親告罪」とすること(42)を規定している。一般的にこれらの規定は親族相盗例と称されているが、横領罪については、二五五条によって二四四条の準用が認められている。すると、前記最高裁平成二〇年決定において被告人は、被害者との関係において「直系血族」に当たり、当該条項をそのまま準用して被告人に「刑の免除」を認めてもよいともいえる。しかし、その準用を認めるべきでないとすれば、親族相盗例の本質にさかのぼって考察する必要がある。

(1) 親告罪とされる根拠

まず、親族相盗例が規定された根拠について検討すると、学説上は従来から争いがあり、政策説（一身の処罰阻却事由説）と違法阻却・減少説、責任阻却・減少説（ないしそれらの複合説）がそれぞれ唱えられている状況である。⁽⁴³⁾判例は政策説の立場にあると考えられるが、「法は家庭に入らず」という格言は結論を述べているに過ぎないのであるから、⁽⁴⁴⁾その実質的な政策的根拠を探る必要がある。その根拠を戦前における「家」制度の維持・強化という観点から説明するのは、もはや不適当であろう。他方で、現代社会における刑事政策的な観点からすると、家庭内・親族間における財産的紛争については、通常の刑事司法による処理に代えて、家庭内・親族間の紛争処理に委ねることが合理的であると説明される。⁽⁴⁵⁾これを刑罰論的な観点から敷衍するならば、刑法の第一次的な目的が犯罪の予防にあるのではなく、犯罪の事後処理にあると解されることを前提とした上で、相対的に利益侵害の程度が低い財産犯については家庭内・親族間の自律的な処理に委ね、より穏当な紛争解決を目指すのが妥当であるということになる。⁽⁴⁶⁾それゆえ、親族相盗例において「親告罪」を規定することはなお合理的であると思われる。その上で、家庭内・親族間における自律的な解決が断念され、行為者の処罰を求めるべく告訴がなされた場合にはじめて刑法による介入の必要性が生じるのである。これに対して予防論的な観点から親族相盗例を理解するのは困難である。現在の法秩序においては、たとえ家庭内・親族間であっても財産侵害禁止規範が妥当しており、それゆえ行為者を処罰することによって「一般国民への威嚇」ないしは「法の回復」を目指すことになると思われるからである。⁽⁴⁷⁾

(2) 刑の免除が認められる根拠

さて、仮に公訴が提起されたとしても、二四四条一項が適用・準用される限りにおいて「刑の免除」が認められることの意義がなお問題として残されている。⁽⁴⁸⁾同条二項が「親告罪」を規定する点は政策説から根拠付けられるが、同条

一項が「刑の免除」を規定する点はさらなる実質的な根拠が必要になるといえよう。⁽⁴⁹⁾ というのも、同条一項の意義をあくまで政策説から説明するのであれば、司法は、立法の政策的決定に従い、犯行が「親族の間」でなされた場合は一律に「刑の免除」を認め、刑罰権の行使を控えるべきとも解されるからである。⁽⁵⁰⁾ 例えば、刑法四一条は、一四歳未満の者を一律に罰しないと規定しているが、ここでは少年の健全育成という政策的配慮が働いているのであり、司法がその政策的配慮を踏み超えて一四歳未満の者を罰する実質的判断をしてはならないと思われる。⁽⁵¹⁾ このような観点からすると、「未成年後見人」の事務に「公的性格」を認めて親族相盗例の準用を否定した前記最高裁判平成二〇年決定に對しては、そのような実質的判断は政策説において認められないとの批判が提起されるであろうし、さらには罪刑法定主義に反するおそれもあると指摘されている。⁽⁵²⁾ 他方で、最決平成一八年八月三〇日（刑集六〇巻六号四七九頁）は、二四四条一項の「配偶者」には内縁関係の者は含まれないとの形式的判断を示したが、このような最高裁の態度は首尾一貫していないと思われる。⁽⁵³⁾

同条一項につき、政策的観点からだけでは十分に根拠付けることができないのであれば、違法評価ないし責任評価という犯罪論的観点から検討する必要がある。まず違法評価の側面からみると、家庭内の財産は、家族において共有・共有されており、その侵害は通常の場合に比べて違法性が低いと説明されている。⁽⁵⁴⁾ しかし、この見解の前提として、現代の家庭生活や親族関係において財産の共有・共同利用関係を常に想定することは困難である。⁽⁵⁵⁾ なるほど家庭内や親族間の財産について、その所有関係が不明確な場合も多々あるが、そこには犯罪論的な問題があるのでなく、事実的な認定の問題があるに過ぎない。そうした場合であっても所有関係が明らかにされ、財産侵害が確定される限りにおいて違法性が認められ、刑法による介入の契機が生じることになる。他方で、近親者の間で、財産処分に關する同意ないしは推定的同意が認められず、法益侵害も軽微といえないにもかかわらず「刑の免除」が認めら

れるのは可罰的違法性が欠けるからであって、同条一項の「刑の免除」とは「犯罪不成立」を意味すると解するものがある。⁽⁵⁶⁾しかし、まさしくその可罰的違法性が阻却される根拠が問われているのであって、国家による介入が不適当であるという政策的根拠を援用するだけでは不十分である。問題は、財産の所有関係が明らかであって、かつ、家庭内・親族間において同意ないしは推定的同意が存在しない場合においても同条一項が適用・準用される実質がどこにあるのかという点であろう。

この点につき、責任評価の側面からみると、家庭内・親族間という人間関係から生じる特有の「甘え」が行為者に認められるのであって、その当事者関係においては窃盗行為等に出ないよう強く働きかけることができないと説明されることになる。それゆえ、家庭内・親族間の当事者においては類型的な期待可能性の低下を認めることができるのであって、このような責任減少という観点から同条一項の「刑の免除」が根拠付けられるのである。⁽⁵⁷⁾以上の意味で、同条一項の根拠を犯罪論的に基礎付けることが正当であると考えられるが、政策説とは異なり、このように解することによってはじめて親族相盗例の適用・準用が排除されるべきかにつき、その実質を問うことが可能になると思われる。

そこで、前記最高裁判平成二〇年決定におけるような場合を考えると、行為者は、家庭裁判所から後見人に選任されることよって、被後見人との間に親族関係があるなしかかわらず、被後見人のためにその財産事務を善良な管理者の注意をもつて処理すべきことになる（民法八六九条、六四四条）。そこではむしろ被後見人の財産を窃取・横領しないよう強く期待されていることになろう。それゆえ、後見人に選任された行為者に対して、親族関係に基づく類型的な期待可能性の減少を認めるのはまさに背理である。このような実質的な見地から親族相盗例の準用が否定されるべきと思われる。ただし、このように解するだけでは、なぜ家庭裁判所が当該財産関係に関与する場合に親族相

盗例それ自体の適用・準用が排除されるべきかが十分に明らかになっていない。やはり、後見人と家庭裁判所との関係をも考察した上で、親族相盗例の適用・準用の可否を決定すべきであろう。

3 親族関係が必要とされる範囲

以上からすると、親族相盗例が適用・準用されるために、いかなる範囲で親族関係が必要とされるかにつき、検討する必要がある。まず、窃盗罪の事案において、判例は、「同条一項所定の親族関係は、窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも存することを要する」と解している（最決平成六年七月一九日刑集四八巻五号一九〇頁）。他方で、横領罪の事案において、判例は、行為者が親族の委託に基づき、非親族の所有物を占有していた場合について親族相盗例の適用を否定した（大判昭和六年一月一七日刑集一〇巻六〇四頁）。ただ、この判例は、横領罪について親族相盗例の適用を認めるために所有者との間に親族関係が必要であるとの判断を示したに過ぎず、この判例から、委託者との間にも親族関係が必要であるかは明らかになっていない。⁽⁵⁸⁾

一般的に言えば、親族相盗例が適用・準用されるためには、当該財産犯における「被害者」との間に親族関係が必要になると解され、その「被害者」とは、当該財産犯において保護される利益が侵害された者ということになる。⁽⁵⁹⁾ どのように理解してはじめて当該財産犯において解決されるべき「紛争」の所在が明らかとなる。それゆえ、窃盗罪においては、占有のみならず本権も保護法益とされるべきと解する限り、前記最高裁判平成六年決定が指摘するように、財物の占有者、所有者双方との間に親族関係が認められる必要がある。問題は、横領罪において、所有者といえない委託者が「被害者」の立場にあるといえるのか、また、後見制度に基づき、家庭内・親族間の財産関係に介

入した家庭裁判所もまた「被害者」の立場にあるといえるのかということである。この点につき、前記福島地裁平成一八年判決は、委託者と受託者との信頼関係をも横領罪において保護することを明言するが、委託・信任関係の維持それ自体は、横領罪において本権が保護されていることから生じる反射的利益であって、そこに独自の意義を見出すことはできないように思われる。⁽⁶⁰⁾ また、家庭裁判所の地位についてみると、後見人の選任・監督権限はあるとしても、そこからただちに家庭裁判所を「委託者」とみなすことはできないとの批判がある。⁽⁶¹⁾

他方で、前記最高裁平成二〇年決定は、以上のような「委託者」ないしは「家庭裁判所」の地位にまつわる問題を回避し、「後見人」という地位が持つ「公的性格」そのものから、「後見人」と「被後見人」との財産的紛争は、もはや親族関係に基づくそれではないとの結論を導き出したといえよう。⁽⁶²⁾ この結論自体は正当なものと考えられるが、先ほど述べたように、親族相盗例の適用・準用を検討するにあたって家庭裁判所の位置付けが明らかになっていない。ここでは、例えば、「後見人」に選任された親族とその他の親族が共同して「被後見人」の財産を横領した場合が問題になる。同決定の見地からすると、当該財産関係に家庭裁判所が関与しているにもかかわらず、「後見人」に選任されていない親族については、なお親族相盗例の準用が認められる余地があるろう。しかし、そうした余地を認めるのは疑問があるように思われる。

そこで、あらためて横領罪における法益侵害性を検討してみると、一般的に横領罪においては、他人の占有下にある財物を奪取する窃盗罪とは異なり、財物に対する「直接的な支配」への侵害が問題になっているわけではない。しかしながら、自らが財物を占有するに当たって所有権者ないしは委託者から受けている「間接的な支配」を侵害し、当該財物を「自己のもの」にすることが問題になっているといえる。⁽⁶³⁾ それゆえ、「間接的な支配」を及ぼしている限りで「委託者」もまた横領罪の「被害者」とみることができるとは限らない。⁽⁶⁴⁾ 他方で、家庭裁判所は、厳格な観点から「委託者」とであると解

することができなくとも、「後見人」を選任・監督することにより、自らが他人に委託することのできない「被後見人」に代わって、その財産につき「間接的な支配」を及ぼしているといふべきである。⁽⁶⁵⁾すると、「後見人」に選任された親族とその他の親族が共同して「被後見人」の財物を横領した場合であっても、両者は、家庭裁判所が当該財物に及ぼしている「間接的な支配」を侵害したといえるのであるから、両者に対して親族相盗例の準用を認めるべきではない。また、二四四条一項の準用が問題になる場合には、家庭裁判所が被後見人の財物に「間接的な支配」を及ぼしている事実が、家庭内・親族間において類型的な期待可能性の減少を認める前提を失わせることになると解される。

4 小括

以上でみたように、横領罪において、親族相盗例が準用されるためには、一般的に所有権者以外に委託者との間にも親族関係があることが必要になると解されるのであり、委託者が非親族である場合には親族相盗例の準用は否定される。また、後見人が家庭裁判所によって選任され、監督を受けている場合においても、親族相盗例の準用は否定されることになる。親族相盗例の意義は、刑法による介入を控え、家庭内・親族間の自律性に基づく紛争の解決を尊重すべきというものであるが、家庭裁判所が家庭内・親族間の財産関係に関与し、後見人が占有する財産に間接的な支配を及ぼしている以上、刑法による介入を控えるべきとされる前提を欠くことになるからである。二四四条一項については、責任減少の観点から「刑の免除」が基礎付けられるが、家庭裁判所が家庭内・親族間の財産関係に関与している限りは、同じように同条一項が適用・準用される前提を欠き、責任減少を認めることはできない。⁽⁶⁶⁾こうした観点から、後見人となった親族だけでなく、当該行為に関与した親族も含めて横領罪の成立を認めるべきであろう。

なお、同条一項が適用・準用される、あらゆる場合について「刑の免除」が一律に認められるだけの実態が存在するかは疑わしい。具体的な事例に即してみると、期待可能性がほとんど失われる場合もあれば、期待可能性がさほど減少しているとはいえない場合もあろう。それゆえ、立法論的には、前述した親族相盗例の政策的根拠が現時点においてなお合理的であるといえる限りで、家庭内・親族間における財産犯罪を一律に「親告罪」とし、行為者に対する具体的な量刑については任意的な「刑の減免」を認める規定を置くことが望ましいように思われる⁽⁶⁷⁾。また、今後、家庭内・親族間における自律性の基盤が弱体化していくと、親族相盗例それ自体の意義も再検討を要することになる。

五 結び

刑事責任追及と刑罰の意義は、犯罪抑止ないしは応報という点にあるのではなく、起きてしまった犯罪という紛争をいかに解決するべきかという点に求められる。すなわち、刑事責任の追及においては、行為者の応答責任に基づく法的な「理由」の解明が問題になるのであり、「理由」の解明によって導出される刑事責任に見合った刑罰を行為者が受け入れることで事件の終結がもたらされることになる。それゆえ、刑事責任追及の入り口において、将来起こるであろう紛争の予防が直接的に問題になるのではなく、法益侵害・危殆化という契機があつてはじめて刑法による介入が正当化されることになる。「犯罪抑止」、「法の回復」、「応報」は、刑法の目的として果たされた事件終結がもたらす二次的効果なのであり、「行為者の再社会化」のためのプログラムは、刑罰とは切り離された措置ないしは刑罰と並行してなされる措置として策定されるのが妥当であらう。

以上を踏まえて具体的に検討するために本稿では財産犯に関する問題を取り上げた。まず「自己の財物の取戻し」

の事例においては刑法が介入すべき契機、すなわち法益侵害の有無が問われている。刑法において保護されるべきなのは、民事法上保護に値する財産的利益であると解するならば、占有者において優先的に保護されるべき財産的利益がない限り、刑法が介入すべき紛争がそもそも生じていないといふべきである。これに対して、占有それ自体、ないしは「権利者らしい外観」のある占有の保護を図るのは、結局、将来起きるであろう民事的紛争の回避を目指しているに過ぎず、刑法による介入を十分に正当化することができないと思われる。もちろん「自己の財物の取戻し」の事例においては、一般的な財産法秩序の違反や自力救済の禁止違反が問題になり得るが、こうした見地から財産犯の可罰性を直接根拠付けるのは不当である。一般的な財産法秩序の維持ないしは自力救済の禁止は、個人に帰属する財産的利益の保護を通じて間接的に図っていくものであろう。また、権利関係が複雑化している現代社会においては、行為時に権利関係が不明にみえる場合も想定される。しかし、この場合に「財物の取戻し」がなされたからといって必ず財産犯を認めるべきということにはならない。取戻しを図った行為者において、結果的に保護に値する財産的利益が存した限りは、この者を財産犯によって罰する必要性がそもそも生じていないのである。

他方で、犯罪が成立しているようにみえながら、刑法による介入が控えられるべきか否かが問題となる具体例として親族相盗論を取り上げた。親族相盗論が規定された意義は、以下の点に求められる。すなわち、相対的に利益侵害の程度の低い財産犯については、まずもって家庭内・親族間の自律性に基づいた穏当な解決が適当なのであって、そのような解決が不調となったといえてはじめて刑法による介入が許されるという点である。ただ、刑法による介入がなされたとしても、二四四条一項によって「刑の免除」が認められる場合が問題になる。ここで、それが認められる根拠は、違法減少の側面ではなく、類型的な期待可能性の低下に基づく責任減少の側面に求められる。しかしながら、家庭内・親族間の財産関係に家庭裁判所が関与し、家庭裁判所によって後見人が選任された限りは、被後見人の財産

に対する後見人の横領行為を単なる家庭内・親族間の紛争とみなすべきではない。というのも、後見人と被後見人との間に親族関係が認められたとしても、家庭裁判所による間接的な支配が被後見人の財産に及んでいる以上、親族相盗例が適用・準用される前提を欠くことになるからである。この局面では、刑法による介入が控えられるべきとはいえないであろう。なお、親族相盗例の意義が現状においてなお合理的なものと認められるにしても、その規定のあり方は立法論的に問題となり得る。すなわち、後見制度との関係を踏まえた上で、親告罪とされる範囲、刑の必要的免除について修正が検討されるべきと思われる。

以上のように、本稿においては、財産犯の成否をめぐって刑法による介入の根拠と限界を考察した。もちろん現代社会においては、財産分野に限らず、様々な分野において新たな問題が生まれると予想される。しかし、そのすべてを刑法によって対処するのは困難である。今後新たな問題に立ち向かう必要性があるにしても、そこでは刑罰の限界を意識しつつ議論することが求められよう。

注

- (1) 井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会、二〇〇七）一一頁以下。
- (2) 以上につき、曾根威彦『刑法学の基礎』（成文堂、二〇〇一）三頁以下。
- (3) 嘉門優「法益論の現代的意義（二）」法雑五〇巻四号（二〇〇四）九四九頁。
- (4) 齊野彦弥「犯罪論体系の構造とその規範理解」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』上巻（成文堂、二〇〇七）一一九頁以下参照。
- (5) 嘉門優「法益論の現代的意義（二・完）」法雑五一巻一号（二〇〇四）一二四頁以下参照。もちろん何をもって法益とみなすかという議論が欠かさないものであり、そこでは社会の価値観が全面に出ることも想定される。しかし、それを直接的に刑罰規定に反映させるのではなく、生活利益という観点から法益という媒介項に落とし込む必要性があると認める点でいまだに法益論には意義があると思われる。

(6) 『平成一八年版犯罪白書』二二四頁以下参照。

- (7) さらに、曾根・前掲注(2) 四七頁参照。
- (8) さらに、松宮孝明「法定刑引き上げと刑罰論」法時七八卷三三号(二〇〇六) 八頁参照。
- (9) 詳しくは、松宮・前掲注(8) 九頁以下参照。
- (10) 松原芳博「国民の意識が生み出す犯罪と刑罰」世界七六一号(二〇〇七) 五九頁。
- (11) 内田幸隆「財産犯における領得概念(一)」奈良座一七卷一・二号(二〇〇四) 九四頁。
- (12) 積極的一般予防論と規範的応報刑論をいかに区別するべきかという問題はあるが、飯島暢「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」香川二六卷三・四号(二〇〇七) 三四六頁以下は、規範の効力の危殆化の程度と不法の程度・刑罰量との関係を検討しており、興味深い。
- (13) 松原芳博「刑事責任の意義と限界」法時七六卷八号(二〇〇四) 八頁。さらに、松原・前掲注(10) 五九頁参照。
- (14) 松原・前掲注(13) 八頁。
- (15) 高橋直哉「応報概念の多様性」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一〇) 二九頁以下が指摘するように応報の内容は多岐にわたるものであるが、さしあたり応報刑論は目的刑論の枠組、とりわけ予防論に解消できない独自の意味を刑罰に認める立場といえるだろう。
- (16) 高橋・前掲注(15) 三三頁は、同害報復・タリオの法則から刑罰の正当化を導き出すことはできないと指摘する。さらに、松原・前掲注(13) 六頁以下参照。
- (17) 吉岡一男「刑事制度の基本理念を求めて」(成文堂、一九八四) 一〇六頁以下参照。
- (18) このような応答責任論について、詳しくは、瀧川裕英「責任の意味と制度」(勁草書房、二〇〇三) 一二七頁以下参照。
- (19) 松原・前掲注(13) 七頁は、報復感情充足機能と事件終結機能を強調することが、真の問題解決を阻害することにつながると指摘する。しかし、犯罪報道の弊害や、被害者の救済、犯罪の社会的原因の探求は、刑罰制度において解決されるべき問題とは次元の異なるものであって、むしろそれぞれの問題に応じた枠組を別々に作ることによって、問題解決の方法の棲み分けを行うべきである。
- (20) ただし、行為者に応答すべき責任はあっても、追及する側が応答を強要することはできない。その強要はむしろ責任の追及・応答の基盤を破壊するものである。この限りにおいて、行為者が応答しない態度をとることも許容されるべきであるし、無応答であってもそれだけで行為者を不利に扱ってはならないと考えられる。
- (21) 瀧川・前掲注(18) 二〇二頁。

- (22) 松原・前掲注(13) 八頁以下参照。また、行為者個人に「究極の責任」を問うことはできないと指摘する見解として、増田豊「脳科学の成果をめぐる自由意志論争と刑事責任(続)」法論七九卷六号(二〇〇七) 一二頁以下参照。
- (23) ここでは、行為者の外部的態度に関する理由の解明が違法評価の段階に割り振られ、その内部的態度に関する理由の解明が(狭義の)責任評価の段階に割り振られると基本的に解することができる。
- (24) 刑罰と公判に付与されたコミュニケーション目的との関係に着目する見解として、高橋直哉「刑罰論と公判の構造」駿河台二二卷一号(二〇〇八) 二二六頁以下参照。
- (25) なお、瀧川裕英「被害者参加の根拠」刑事法ジャーナル一六号(二〇〇九) 五四頁は、むしろ応答責任論の見地から被害者参加制度の正当化を認めている。
- (26) 学説の対立状況につき詳しくは、佐伯仁志「窃盗罪の保護法益」刑法の争点(二〇〇七) 一六六頁参照。
- (27) 伊東研祐「現代社会と刑法各論」〔第二版〕(成文堂、二〇〇二) 一八八頁以下参照。
- (28) 代表的なものとして、曾根威彦「刑法の重要問題(各論)」〔第二版〕(成文堂、二〇〇六) 一三〇頁、林幹人「刑法各論」〔第二版〕(東京大学出版会、二〇〇七) 一六二頁など。
- (29) 代表的なものとして、前田雅英「刑法各論講義」〔第四版〕(東京大学出版会、二〇〇七) 一八四頁、木村光江「刑法」〔第三版〕(東京大学出版会、二〇一〇) 三二六頁など。さらに、伊東・前掲注(27) 一九六頁以下参照。
- (30) 平野龍一「刑法概説」(東京大学出版会、一九七七) 二〇六頁、西原春夫「犯罪各論」〔訂補準備版〕(成文堂、一九九一) 二二九頁以下。ただし、平穩占有有説に従ったとしても、民事的救済を受ける余裕がある場合や、窃盗犯人が所有権者の追及を逃れ、一旦は財物の所在が不明になった場合においては、占有の平穩性が肯定される余地があると解される。
- (31) 西田典之「刑法各論」〔第五版〕(弘文堂、二〇一〇) 一五三頁。
- (32) 判例は、かつては本権説に立脚していたが、現在では占有有説の立場にあるものと見られている(例えば、最決平成元年七月七日刑集四三卷七号六〇七頁参照)。この点につき、内田幸隆「財産罪における可罰性の核心」法時八一卷六号(二〇〇九) 五九頁以下参照。
- (33) 内田・前掲注(32) 六三頁。
- (34) 山口厚「刑法各論」〔補訂版〕(有斐閣、二〇〇五) 一九一頁。
- (35) 林幹人・前掲注(28) 一六三頁以下。

- (36) この点につき、島田聡一郎「財産犯の保護法益」法教二八九号（二〇〇四）一〇三頁以下、佐伯・前掲注（26）一六七頁、林幹人・前掲注（28）一六四頁、内田・前掲注（32）六三頁以下参照。
- (37) 樋口亮介「判批」ジュリ一二四九号（二〇〇三）一六〇頁参照。
- (38) 大下英希「占有自救について」法雑五五卷一号（二〇〇八）二〇二頁以下。さらに、同「自救行為について（三・完）」法雑五二卷三号（二〇〇六）四九四頁以下参照。
- (39) 山口厚『刑法各論』（第二版）（有斐閣、二〇一〇）一九三頁。
- (40) ただ、自己の財物の取戻しの過程において、他者の身体、自由、住居などを侵害する場合、自救行為として認められない限りにおいてそれぞれの侵害に対応する犯罪が成立するといふべきである。しかし、他者の身体、自由、住居を不当に侵害したからといってただちに財産犯の成立を認めるのは、財産犯の可罰性の根拠を他の犯罪類型の可罰性から借り受けることになり不当である（林幹人・前掲注（28）一六二頁以下）。
- (41) 下級審判決の動向について詳しくは、内田幸隆「判批」判例評論六〇七号（二〇〇九）二七頁以下参照。
- (42) 親族相盗例の系譜について詳しくは、石堂淳「親族相盗例の系譜と根拠」法学五〇巻四号（一九八六）一一三頁以下参照。
- (43) 主に刑法二四四条一項に關してのものではあるが、学説の対立状況について詳しくは、松原芳博「犯罪概念と可罰性」（成文堂、一九九七）三七〇頁以下参照。
- (44) 松原・前掲注（43）三七〇頁。
- (45) 前田雅英「親族関係と財産犯」警論四七卷一一号（一九九四）一九〇頁以下参照。
- (46) 川口浩一「親族相盗例の人的適用範囲」奈良産九卷三〓四号（一九九七）一八一頁以下参照。
- (47) 川口・前掲注（46）一八一頁参照。これに対して、鋤本豊博「親族相盗例の現代的課題」成城七八号（二〇〇九）一一四頁以下は、親族相盗例における必要的な刑の免除について、刑罰論の観点から一般予防効果に支障がなく、かつ、特別予防効果があることを指摘する。
- (48) 平野龍一「刑法各論の諸問題10」法七二二三号（一九七三）五三頁。
- (49) 西田・前掲注（31）一二二頁。
- (50) 日高義博「親族相盗例の問題点」専法七五号（一九九九）一二頁参照。
- (51) 山中敬一「刑法総論」（第二版）（成文堂、二〇〇八）五九六頁参照。

- (52) 立法権の侵害ないし類推禁止といった観点から、同決定を批判するものとして松宮孝明「判批」法七六四七号(二〇〇八)一
二八頁、川口浩一「判批」ジュリ一三七六号(二〇〇九)一九三頁。さらに、堀内捷三「判批」法教三二五号(二〇〇七)一六
頁、同「未成年後見人の横領行為と刑法」二四四条一項の準用の有無について「中央ロー五卷一号(二〇〇八)一一〇頁、中村悠
人「判批」立命三二六号(二〇〇九)一三三四頁参照。
- (53) 松宮・前掲注(52) 一二八頁参照。これに対して、高橋直哉「親族相盗例における政策説の意義」『八木國之博士追悼論文集』
(酒井書店、二〇〇九)七八頁は、政策説の観点から両決定を整合的に理解しようと試みている。
- (54) 平野・前掲注(48) 五三頁、石堂・前掲注(42) 一四一頁以下。
- (55) 林美月子「親族間の財産犯罪」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(青林書院、二〇〇二)三三九頁。さらに、川口・前掲注(46)
一八〇頁以下、松原・前掲注(43) 三七六頁参照。
- (56) 齊藤豊治「親族相盗例に関する考察」『西原春夫先生古稀祝賀論文集』第三卷(成文堂、一九九八)二〇四頁以下。この点に
つき、青木紀博「親族相盗例の適用」産法三〇卷一号(一九九六)一七頁は、可罰的違法性がない場合は二四四条とは無関係に
無罪判決が言い渡されるべきと指摘する。
- (57) 松原・前掲注(43) 三八四頁以下、三八九頁以下参照。ただし、松原は、同条一項につき、可罰的責任が阻却され、そもそも
犯罪が不成立になると説く(前掲書三九〇頁、三九六頁以下)。さらに、責任減少説については、林幹人・前掲注(28) 二〇三
頁、曾根威彦『刑法各論』(第四版)(二〇〇八)二二三頁、山中敬一『刑法各論』(第二版)(成文堂、二〇〇九)二七四頁、西
田・前掲注(31) 一六二頁参照。
- (58) 山口厚「判批」NBL八八二号(二〇〇八)四二頁、同「判批」刑事法ジャーナル一三三号(二〇〇八)九七頁、同『新判例か
ら見た刑法』(第二版)(有斐閣、二〇〇八)二六〇頁。
- (59) 山口・前掲注(58) NBL四一頁、同・前掲注(58) 刑ジャー九六頁、同・前掲注(58) 『新判例』二五七頁。
- (60) 豊田兼彦「判批」法七六二五号(二〇〇七)一一〇頁参照。
- (61) 豊田・前掲注(60) 一一〇頁、堀内・前掲注(52) 法教一四頁以下、同・前掲注(52) 中央ロー一〇八頁以下、照沼亮介「後
見人の横領行為と親族相盗例」実践成年後見二六号(二〇〇八)九七頁。
- (62) この点につき、さらに、宮崎香織「判批」研修七一九号(二〇〇八)二三頁以下、久木元伸「判批」警論六一卷六号(二〇〇
八)二二〇頁以下、山口・前掲注(58) 『新版例』二六〇頁、家令和典「判批」ジュリ一三五八号(二〇〇八)一六八頁参照。

- (63) 内田幸隆「財産犯相互の關係」奈良産一八卷一〇二号(二〇〇五)二二八頁、小池信太郎「判批」刑事法ジャーナル一〇号(二〇〇八)一二三頁以下参照。
- (64) さらに、山口・前掲注(58)『新判例』二六一頁参照。
- (65) この点につき、星景子「家庭裁判所が選任した後見人の横領行為と親族相盗例」研修七二二号(二〇〇七)一〇三頁は、後見人と家庭裁判所の間に、被後見人の財産上の委託信任關係が成り立っていると指摘する。
- (66) これに対して、林幹人「判批」ジュリ一三三二二号(二〇〇七)一六九頁。
- (67) 親族相盗例の改正に言及するものとして、青木・前掲注(56)二五頁以下、日高・前掲注(50)一七頁以下、林美月子・前掲注(55)三五頁以下、内海朋子「刑法二四四条の法的性質と最近の判例の動向」亜大四三卷一号(二〇〇八)三〇頁以下参照。